

Margin squeeze – misbrug af dominerende stilling

Lau Nilausen, fuldmægtig, Konkurrencestyrelsen

1. Introduktion

I sit arbejde møder Konkurrencestyrelsen stadig oftere begrebet pristryk, som også kendes som margin squeeze, price squeeze eller prissaks. Pristryk kan opstå i situationer, hvor en virksomhed er dominerende på markedet for et engrosprodukt, som er nødvendigt for at kunne udbyde et detailprodukt, som virksomheden ligeledes udbyder. Den dominerende engrosvirksomhed kan i dette tilfælde sætte prisen for engrosproduktet så højt og eller prisen på detailproduktet så lavt, at differencen mellem engros- og detailpris ikke er tilstrækkelig til, at konkurrenter kan operere profitabelt på detailmarkedet. Herved begrænses konkurrencen.

To kendte former for adfærd (misbrug) kan lede til en for lille bruttomargin på detailmarkedet. Hvis den vertikalt integrerede virksomhed opkræver urimeligt høje priser på engrosmarkedet, kan dette medføre pristryk, såfremt virksomhederne på detailmarkedet ikke kan hæve priserne overfor slutkunderne og derved opnå omkostningsdækning. Ligeledes kan marginen på detailmarkedet trykkes ned ved predatory pricing udført af den vertikalt integrerede virksomhed. De to former for adfærd kan i sagens natur kombineres.

EU-praksis for misbrug i form af urimeligt høje priser, hvor misbrug er blevet fastslået, er begrænset til Kommissionens afgørelse overfor Deutsche Post (COMP/36.915-British Post / Deutsche Post). Denne sag er ikke

prøvet ved en højere instans. Konkurrencerådet har endnu ikke fundet tilstrækkelig grundlag for at gribe ind over for urimeligt høje priser. At statuere et misbrug ved at fastslå, at priserne på engrosmarkedet er urimeligt høje, vil således erfaringsmæssigt indebære vanskeligheder. Især fordi det i sådanne sager kan være vanskeligt at skaffe oplysninger, endsige fuldt bevis.

Der er efterhånden en vis praksis inden for predatory pricing. Af EU-sager kan nævnes AKZO-sagen¹, Deutsche Post² og Wanadoo³ mens Konkurrencerådet har behandlet MetroExpress' klage over Urbans annoncepriser (rådsmødet den 29. maj 2002), Svitser-priser på bugsering (rådsmødet den 27. november 2002) og TDC's priser på ADSL (rådsmødet den 29. januar 2003). Også ved predatory pricing kan det være vanskeligt at skaffe de fornødne oplysninger/tilstrækkeligt bevis.

Spørgsmålet er, om pristryk også kan forekomme på andre måder. Kan det tænkes, at der kan foreligge misbrug i form af pristryk, hvis en vertikalt integreret virksomhed hæver engrosprisen, uden at dette i sig selv er tilstrækkeligt til at fastslå misbrug i form af urimeligt høje priser, og fastholder eller sænker detailprisen, uden at dette antager et omfang, som giver belæg for at fastslå predatory pricing? Kan pristryk opstå som en slags hybrid mellem de to kendte former for misbrug uden at være hverken den ene eller den anden? Svaret er naturligvis ja, men spørgsmålet er,

om en sådan hybridadfærd også kan konstateres at være et misbrug af dominerende stilling.

Dansk og europæisk retspraksis for pristryk er begrænset. Kommissionen har behandlet British Sugar⁴ og Deutsche Telekom⁵ samt Industrie des poudres sphériques,⁶ som blev indbragt for Retten i Første Instans.⁷ Når poudres sphériques-sagen omtales i det følgende, er det rettens behandling af sagen, der henvises til. Konkurrencerådet har i en enkelt sag statueret, at der forelå pristryk. Songs klage over TDC er afgjort efter færdiggørelsen af denne artikel, og Song-sagen, der på flere punkter er ganske kompliceret, indgår derfor ikke i analysen af pristryk.

I dette notat gennemgås definitionen af pristryk og det belyses, hvorledes pristryk hidtil er blevet behandlet i Europa. Det belyses om pristryk blot er en variant af predatory pricing, eller om der stilles anderledes krav til at fastslå et sådant misbrug.

2. Hvad er pristryk?

Pristryk er en adfærd som sigter på at udelukke potentielle konkurrenter fra at indtræde på et marked eller på at eliminere eksisterende konkurrenter med henblik på at opbygge markedsandele eller helt at tilegne sig markedet. Hermed har pristryk fælles træk med predatory pricing og udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk.1. Retten i Første Instans definerer i poudres sphériques-sagen pristryk således:

178) [...] En prissaks foreligger, når en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på markedet for et forprodukt og selv anvender en del af sin produktion til at fremstille et mere forarbejdet produkt, samtidig med at den sælger overskuddet af forproduktet på markedet, fastsætter de priser, hvortil den sælger forproduktet til tredjemand, så højt, at de pågældende ik-

ke råder over en margin til forarbejdning, som er tilstrækkelig til, at de fortsat kan være konkurrencedygtige på markedet for det forarbejdede produkt.

Pristryk er således en situation hvor en virksomhed benytter sin dominans på et engrosmarked til at presse marginen mellem engros- og detailpriserne ned på et niveau, hvor en effektivt producerende konkurrerende virksomhed ikke kan få dækket sine omkostninger på detailmarkedet.

En sådan situation kan godt opstå, selv om den vertikalt integrerede virksomheds detailpris dækker de samlede *produktionsomkostninger* i engros- og detaillad. Når virksomheden ses som et hele kan der således ikke foreligge predatory pricing. Virksomheden opnår dog den samme effekt på detailmarkedet som ved predatory pricing, nemlig at konkurrenter med tilsvarende eller højere effektivitet elimineres, fordi de også skal betale en mark-up til den vertikalt integrerede virksomhed på engrosproduktet.

Pristryk kan opstå i flere situationer. Som udgangspunkt skal den vertikalt integrerede virksomhed og detailvirksomheden, som køber engrosproduktet af den vertikalt integrerede virksomhed, konkurrere på det samme detailmarked. Den konkurrerende detailvirksomheds slutkundepriser begrænses således af detailpriserne opkrævet af den vertikalt integrerede virksomhed. Således kan opstilles fire kombinationer af pristryk, som gennemgås i det følgende:

- 1) Ensartede engrosprodukter sælges til ens priser.
- 2) Ensartede engrosprodukter sælges til forskellige priser.
- 3) Forskellige engrosprodukter med samme funktionalitet sælges til forskellige priser.
- 4) Endelig er der grænsetilfælde hvor priserne er de samme, men hvor andre vilkår for køb af engrosprodukterne differentie-

res, hvorved konkurrerende detailvirksomheder fx påføres ekstra udgifter i forhold til den vertikalt integrerede virksomheds detailsalg.

Tilfælde 1 hvor ens engrosprodukter sælges til ens priser, men marginen mellem engrospris og detailpris blot ikke rækker til, at en effektivt producerende virksomhed profitabelt kan operere på detailmarkedet, er det mest rene tilfælde.

I tilfælde 2 hvor ens produkter sælges til forskellige priser, kan der ikke blot være tale om pristryk men også om anvendelse af ulige vilkår i strid med konkurrencelovens § 11. Der er dog også andre muligheder. Såfremt prisforskellen fx skyldes forskelle på de købte mængder og dermed forskellige mængderabatter, vil en nærmere analyse af rabatskalaerne på engrosniveau skulle gennemføres sammen med undersøgelsen for pristryk.

I tilfælde 3 hvor forskellige produkter med samme funktionalitet sælges til forskellige priser af samme udbyder på engrosmarkedet, kompliceres undersøgelsen for pristryk (fx koster adgang til mobilnettet og fastnettet ikke det samme selv om begge kan benyttes til at frembringe tilsvarende taletelefoni ydelser). I poudres sphériques sagen benyttede den vertikalt integrerede virksomhed og detailvirksomheden forskellige input og forskellige produktionsmetoder. I afgørelsen hedder det:

185) Den omstændighed, at IPS' (Industrie des poudres sphériques) kunder ikke er villige til at betale det tillæg til prisen, som IPS' højere forarbejdningsomkostninger medfører, skyldes enten, at selskabets produkt svarer til dets konkurrenters, men er for dyrt til markedet, og at IPS derfor ikke producerer tilstrækkelig effektivt til at kunne overleve herpå, eller at selskabets produkt er bedre end konkurrenternes og produceres på en effektiv måde, men ikke desto mindre ikke værd-

sættes tilstrækkeligt af kunderne til, at det, som IPS tilbyder på markedet, har en berettigelse. Sagsøgeren har i denne forbindelse ikke bestridt Kommissionens bemærkning (afgørelsens s. 2) om, at de fysiske egenskaber ved IPS' produkt gjorde det muligt for selskabet, i det mindste indtil indførelsen af antidumpingtold i oktober 1994, at forlange en pris, som kunne være 25% højere end de konkurrerende produkters pris.

186) Heraf følger, at dette klagepunkt må forkastes.

Der er således ikke krav om, at den vertikalt integrerede virksomheds detailpriser skal være så høje, at også andre virksomheders anderledes produktionsmetoder bliver profitabel. I tilfælde hvor den vertikalt integrerede virksomhed og konkurrenten baserer deres produktion på forskellige engrosprodukter til forskellige priser, vil en nærmere undersøgelse af prissætningen af engrosprodukterne være nødvendig, før end der kan konstateres pristryk.

Case: bit stream access versus delt rå kobber

Internetadgang ved ADSL⁸ kræver adgang til kobbernettet ejet af TDC, som gennem telelovgivningen er pålagt at give adgang til nettet på lige og ikke diskriminerende vilkår. Som netudbyder tilbyder TDC adgang til datatransmission over samme kobbertråd, som benyttes til slutkundens telefonlinje. Dette kaldes delt rå kobber. Ved denne løsning skal ADSL-udbyderen selv sørge for udstyr til at håndtere datatrafikken på telefoncentralen samt hos slutkunden. TDC udbyder også bit stream access, som ud over leje af delt rå kobber også indebærer, at ADSL-udbyderen lejer sig ind på det centraludstyr, som ligger til grund for TDC's eget udbud på detailmarkedet. Fordelen ved bit stream access er, at centraludstyret i gennemsnit udnyttes bedre og omkostningerne dermed bliver lavere. Dog begrænses udbyderens muligheder for at tilbyde tjenester af, hvilke tjenester TDC's centraludstyr understøtter. I ADSL-undersøgelsen var et centralt spørgsmål, om vurderingen af TDC's prispolitik skulle tage udgangspunkt i TDC's netomkostninger (bit stream access) eller konkurrenternes (højere) omkostninger ved at benytte delt rå kobber. Konkurren-

cestyrelsen fandt, at det ikke udgjorde pristryk, når TDC prisfastsatte over egne men under konkurrenternes omkostninger, fordi konkurrenterne havde adgang til bit stream access på lige vilkår med TDC men selv havde valgt en potentielt dyrere løsning i form af delt rå kobber.

På grænsen mellem misbrug i form af pristryk og misbrug i form af forskelsbehandling findes omkostningsforøgende foranstaltninger initieret af den vertikalt integrerede virksomhed overfor konkurrenterne på detailmarkedet (tilfælde 4). Sådanne foranstaltninger kan være fx særligt besværlige procedurer ved bestilling, forsinkelse ved levering eller ringere kvalitet af det leverede.⁹ Såfremt en omkostning er en direkte konsekvens af købet af input, kan der argumenteres for, at denne bør betragtes som en integreret del af købsprisen, og dermed kan lægges til grund ved vurderingen af mulig pristryk. Det er svært på forhånd at give klare indikationer for, hvornår dette skal behandles som en urimelig forretningsbetingelse, forskelsbehandling eller som en integreret del af en pristryk.

3. Test for pristryk

Crocioni og Veljanovski¹⁰ opstiller i et papir følgende seks forudsætninger for at pristryk kan finde sted:

- 1) Vertikal integration
- 2) (Super)dominans på engrosmarkedet
- 3) Engrosproduktet er essentielt for konkurrenter og konkurrencen på detailmarkedet
- 4) Fravær af tilstrækkelig margin på detailmarkedet til at en effektiv detailudbyder kan operere profitabelt
- 5) Tilstrækkelig varighed af fravær af marginer på detailmarkedet til at konkurrencen påvirkes
- 6) Ikke tilstrækkelig konkurrence på detailmarkedet

De seks forudsætninger gennemgås, kommenteres og relateres til retspraksis i det følgende.

4. Vertikal integration

Vertikal integration er en forudsætning for pristryk. En virksomhed, som ikke har stændige interesser på detailmarkedet, måske nok incitament til at fastsætte prisen på engrosproduktet så højt som muligt ved at tilegne sig potentiel overværdi fra detailmarkedet, men har intet incitament til at eliminere virksomheder på detailmarkedet, da disses efterspørgsel udgør engrosvirksomhedens indtægtsgrundlag. Pristrykkets natur er netop, at en virksomhed udnytter sin position på engrosmarkedet til at tiltvinge sig fordele på detailmarkedet. Vertikal integration er derfor en væsentlig forudsætning i denne type sager om misbrug af dominerende stilling.

5. Dominans

For at der kan foreligge et misbrug af dominerende stilling, skal den relevante virksomhed i sagens natur besidde en sådan. I sager om pristryk benytter en virksomhed sin dominerende stilling på engrosmarkedet til at påvirke detailmarkedet for et afledt produkt. Spørgsmålet rejser sig derfor om hvilket marked, der betragtes som det relevante marked i en konkurrencesag.

Såfremt den vertikalt integrerede virksomhed ikke har en dominerende stilling på engrosmarkedet vil virksomheden ikke være i stand til at presse konkurrenterne på detailmarkedet, da de blot vil kunne benytte en anden engrosudbyder. Den første betingelse er derfor dominans på engrosmarkedet. Spørgsmålet er, om der også er krav om dominans på detailmarkedet.

Det fremgår af Kommissionens meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren afsnit 118,¹¹ at der kan foreligge pristryk selv i tilfælde hvor engrosvirksomheden ikke er til stede på detailmarkedet. Dette syn understøttes af retspraksis for leveringsnægtelse. I EF-domstolens afgørelse af sag 6-73¹² hedder det:

25 However, an undertaking being in a dominant position as regards the production of raw material and therefore able to control the supply to manufacturers of derivatives, cannot, just because it decides to start manufacturing these derivatives (in competition with its former customers) act in such a way as to eliminate their competition which in the case in question, would amount to eliminating one of the principal manufacturers of Ethambutol in the common market. [...]

Domstolen finder, at en sådan adfærd strider imod artikel 86 (nu artikel 82). I en sag om leveringsnægtelse udtaler domstolen således, at der godt kan foreligge misbrug af dominerende stilling, selv om virksomheden ikke er dominerende på det marked, som misbruget får konsekvenser for. Hvis dette gælder for leveringsnægtelse må det ligeledes gælde for pristryk, da en virksomhed i stedet for at nægte at levere blot kunne kræve en prohibitivt høj pris og opnå den samme effekt. Dominans på engrosmarkedet er således tilstrækkeligt til, at pristryk kan finde sted.

Ved vurdering af en almindelig predatory pricing situation er det generelt accepteret, at en ikke dominerende virksomhed benytter dybe lommer til at finansiere salg til underpriser på et marked. Hermed accepteres også, at en mindre effektiv virksomhed inden for visse grænser kan presse mere effektive virksomheder ud af markedet. Denne mulighed begrænses for den vertikalt integrerede virksomhed.

Årsagen til denne tilsyneladende forskel ved vurdering af ikke dominerende virksomheders prisadfærd på detailmarkedet skal findes i den vertikalt integrerede virksomheds kontrol over engrosprodukter, der er essentielle for virksomhedens konkurrenter på detailmarkedet. Denne kontrol betyder, at virksomheden på trods af ringere effektivitet end konkurrenterne ved betjening af detailmarkedet vil kunne opbygge og fastholde en betydelig position på

dette marked. Til forskel for en ikke vertikalt integreret virksomhed nemlig sælge på detailmarkedet til vedvarende tabsgivende priser uden overordnet set at sætte penge til, fordi indtjeningen ved salget af det nødvendige engrosprodukt mere end kompenserer for tabet på detailsalget pr. enhed. Den vertikalt integrerede virksomhed vil derfor ikke stå over for krav om på sigt at opnå en indtjening, som kompenserer for de indledende tab i detaildivisionen. Hermed har virksomheden andre incitamenter end en hvilken som helst anden indtrænger på detailmarkedet.

Forventningen om at kunne fastholde sin markedsposition på trods af ringere effektivitet og samtidig overordnet set opnå en passende forrentning af den investerede kapital, påvirker således den vertikalt integrerede virksomheds incitamenter og muligheder på en måde, som retfærdiggør, at friheden i virksomhedens prispolitik begrænses også på markeder, hvor virksomheder ikke er dominerende.

Crocioni og Veljanovski finder, at der ikke blot er krav om dominans på engrosmarkedet, men at der skal foreligge det de kalder superdominans, defineret som en markedsandel på 80% eller mere, dog uden eksplicit at henvise til praksis¹³. Argumentet er, at i tilfælde hvor virksomheden ikke nyder stor frihed på engrosmarkedet, på grund af konkurrenter på dette, vil pristryk næppe være muligt på detailmarkedet, da det kan drive de konkurrerende detailvirksomheder til at benytte andre engrosvirksomheder, som vil have incitament til at reducere deres priser med henblik på at holde detailvirksomhederne i live og dermed sikre efterspørgslen efter engrosprodukter.

I de kendte EU-sager hvor pristryk har fundet sted, har virksomhederne haft meget høje markedsandele (90-100%) på de relevante engrosmarkeder, uden at den høje markedsandel blev anført som nødvendig forudsætning for afgørelsen. I poudre sphérique sagen vurderes

klager at have haft reelle muligheder for at benytte en alternativ leverandør, dog uden at dette i sig selv blev benyttet til at afvise klagen. Praksis støtter derfor ikke direkte et krav om superdominans. Dog understøttes deres argumentation for »superdominans« implicit af kravet om, at engrosproduktet skal være essentielt for udbud på detailmarkedet, hvilket belyses i følgende afsnit.

6. Engrosprodukt essentielt for udbud på detailmarked

Essentielt for konkurrenterne

For at en virksomhed kan udøve pristryk er det en nødvendig forudsætning, at konkurrenten på detailmarkedet er afhængig af engrosproduktet købt af den vertikalt integrerede virksomhed. Denne afhængighed skal indebære en ikke ubetydelig indflydelse på omkostningerne oplevet af konkurrenterne på detailmarkedet. Hvis en virksomhed fx har monopol på ventilgummi og samtidig producerer biler, udgør ventilgummi en så ubetydelig del af de samlede omkostninger ved produktion af biler, at selv høje profitter på engrosmarkedet for ventilgummi næppe vil påvirke marginen på bilproduktion betydeligt og dermed forvride konkurrencen på biler. Dette kan endvidere udledes af poudre sphérique dommens præmis 180:

180) Desuden har sagsøgeren ikke godtgjort, at prisen for calciummetal med lavt iltindhold kan udelukke en effektiv konkurrent fra markedet for granuleret calciummetal.

Afhængigheden skal også ses i forhold til den benyttede produktionsmetode. Såfremt afhængigheden stammer fra benyttelse af en særlig metode og overgang til en anden metode, som vil fjerne afhængigheden, vil kunne gennemføres uden større omkostninger, er basis for pristryk ikke til stede.

Kravet om at engrosproduktet skal være essentielt for udbud på detailmarkedet findes

også i dansk praksis vedr. leveringsnægtelse, fx i Konkurrenceankenævnets afgørelse af sag 23.12: Montana Møbler ctr. Konkurrencerådet. Når dette gælder for leveringsnægtelse må det også gælde for pristryk jf. tidligere argumentation.

Essentielt for konkurrencen

Mens en konkurrents evne til at forblive på markedet godt kan afhænge fuldt ud af levering af input fra en given vertikalt integreret virksomhed, er det ikke sikkert, at konkurrencen på pågældende marked afhænger af pågældende konkurrent.

Crocioni og Veljanovski argumenterer for, at pristryk er usandsynlig såfremt konkurrencen på detailmarkedet også baserer sig på produkter, hvis produktion ikke afhænger af input fra den vertikalt integrerede virksomhed.

I tilfælde hvor den vertikalt integrerede virksomheds produkt på detailmarkedet er i konkurrence med mange andre produkter lavet efter andre metoder på basis af andre input, kan en enkelt konkurrent på detailmarkedet godt være afhængig af den vertikalt integrerede virksomhed, mens konkurrencen ikke er det.

Crocioni og Veljanovskis argumentation må her igen rette sig imod incitamentet snarere end mod den vertikalt integrerede virksomheds evner eller eventuelle handlinger. Det er klart, at pristryk i et tilfælde med konkurrence fra andre, af engrosproduktet uafhængige, detailprodukter næppe vil kunne lede til markedsmagt, ligesom der vil være en grænse for den opnåelige profit ved, at konkurrenten presses ud.

Det kan dog ikke udelukkes, at der på et oligopolitisk marked er incitament til at presse den enkelte konkurrent ud med henblik på at sikre sig den overnormale profit, som han måtte være i stand til at optjene. Dette understreges i særdeleshed af, at omkostningen for den vertikalt integrerede virksomhed ved at

udføre pristryk er grænsende til nul. Det kan derfor ikke udelukkes, at der kan findes tilfælde af pristryk, hvor der på detailmarkedet er konkurrence fra produkter uafhængige af den vertikalt integrerede virksomheds engrosprodukt.¹⁴

Ved vurdering af eventuelt pristryk i tilfælde hvor en mindre virksomhed presses ud af et marked, hvorpå produkter baseret på forskellige produktionsmetoder konkurrerer, er det vigtigt at fokusere på, hvilken effekt den lille virksomhed har på markedets dynamik. Selv om den eliminerede virksomhed blot udgjorde en beskedent del af markedet, kan den godt være drivende for konkurrencen.¹⁵ Et godt eksempel på dette er service-providere på det danske mobilmarked. Disse (fx debitel, Telmore og CBB) har ikke eget net og køber mobilminutter i TDC's og SONOFONs net. Disse minutter sælges videre til slutkunderne i konkurrence med blandt andet TDC og SONOFON. På dette marked har det været service-providerne, der har været prisledende og dermed en drivende kraft for pris-konkurrencen, på trods af, at ingen af service-providerne i dag har en markedsandel på over 7% og at der er fire konkurrerende udbydere med eget net.¹⁶ Selv mindre virksomheder kan således have afgørende indflydelse på konkurrencen.

7. Manglende profitabilitet på detailmarkedet

Manglende profitabilitet på detailmarkedet er kernen i misbrug af dominerende stilling i form af pristryk. Dette punkt er derfor centralt, når det skal fastslås i hvilke situationer, der kan gribes ind fra konkurrencemyndighedernes side.

Kommissionen opstiller i sin meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren følgende definition af pristryk:

118) Under de rette omstændigheder kan

man også påvise et pristryk ved at vise, at marginen mellem den pris, der afkræves konkurrenter på det efterfølgende marked (herunder det dominerende selskabs eventuelt egne transaktioner i det efterfølgende led) for adgang til faciliteten, og den pris, netoperatøren forlanger på det efterfølgende marked, ikke er tilstrækkelig stor til at give en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked en normal fortjeneste ...

Marginen mellem engros- og detailpriserne skal således række til en »rimelig effektiv tjenesteudbyder« på detailmarkedet. Konkurrencestyrelsen er flere gange, under henvisning til ovenstående citat, blevet præsenteret for synspunktet, at vertikalt integrerede virksomheder aldrig må operere med underskud på detailmarkedet.

Økonomisk teori støtter delvist dette syn. Størrelsen af en »normal fortjeneste« afhænger af den enkelte branche. Ifølge CAPM¹⁷ er afkastkravet til en virksomhed lig den risikofri rente plus et tillæg for risiko, som investoren ikke kan diversificere sig ud af. Hermed haves et estimat for den rationelle investors afkastkrav. Teknisk set vil der således kunne foreligge pristryk, når en virksomhed over investeringens tidshorisont opnår positiv men ikke tilstrækkelig profit, da det bedre vil kunne betale sig at investere pengene i noget andet.¹⁸

På helt overordnet niveau definerer EF-Domstolen misbrug af dominerende stilling som en adfærd, som kan påvirke strukturen på et marked og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde konkurrencen på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser.¹⁹ Det er sandsynligvis dette, der tages højde for med Kommissionens indledende formulering »under de rette omstændigheder.«

Denne definition af misbrug modsiger et absolut krav til profitabilitet. Der kan fx tænkes en situation, hvor en udbyder af engrosprodukter ikke tidligere har været aktiv på detailmarkedet, men beslutter sig for at etablere sig under forventning om at være mere effektiv end de eksisterende detailudbydere. Langt de fleste typer forretninger giver tab indledningsvis, indtil forbrugernes kendskab til produktet og udbyderen er tilstrækkeligt opbygget. Et krav om at en vertikalt integreret udbyder aldrig må operere med tab på detailmarkedet, vil således kunne indebære et egentligt forbud imod indtræden på trods af, at den ny udbyder på detailmarkedet kan være mere effektiv end de eksisterende udbydere og ikke benytter sig af andre metoder end en ikke-dominerende virksomhed ville benytte på et hvilket som helst andet marked.

Ligeledes skal kravet om profitabilitet bindes op på forholdet mellem den producerede mængde og den forventede fremtidige produktion. Prissætningen af fx en bil er meget afhængig af, om der forventes at blive afsat 100.000 eller 5.000 enheder om året. Hvis det forventede og realiserbare salg er på 100.000, er det dette niveau, der skal lægges til grund ved en vurdering af profitabiliteten, selv om det indeværende salg måtte ligge under dette niveau. Dog skal der tages højde for, hvor stort det samlede marked er og kan forventes at blive. Hvis produktionsmålet til basis for fastsættelsen af priserne indebærer, at virksomheden skal opnå en meget stor markedsandel, vil prisfastsættelsen i sagens natur være en del af en strategi for at drive konkurrenterne ud af markedet og dermed et misbrug.

Fortolkningen af Kommissionens meddelelse som et absolut krav til profitabilitet, savner da også basis i europæisk praksis.²⁰ I Deutsche Telekom, var prissætningen på detailmarkedet under de gennemsnitligt variable engrosomkostninger og derfor nærmest pr. definition misbrug af dominerende stilling jf. praksis for predatory pricing. I British Sugar

sagen blev de variable omkostninger dækket, men der fandtes bevis for (fx i form af interne arbejdsdokumenter), at British Sugar havde til hensigt at drive konkurrenten ud af markedet. Disse sager kan derfor ikke bruges til at argumentere for anderledes grænser for pristryk end for predatory pricing. I Rådets afgørelse i ADSL-undersøgelsen blev det lagt til grund, at der på baggrund af testen for predatory pricing kunne konstateres, at der heller ikke forelå pristryk. I Kommissionens behandling af poudre spheriques sagen blev praksis fra AKZO-sagen anvendt til at vurdere, hvorvidt der forelå pristryk.²¹

Poudre spheriques afgørelsen kan give en indikation af kriterierne, der skal lægges til grund ved vurdering af pristryk. I dommens præmis 179 fremgår følgende:

[...] Hvis PEM (Péchiney Électrometallurgie) hverken forlanger urimelige priser for råvaren, dvs. det rå calciummetal med lavt iltindhold, eller kræver overpriser [predatory pricing jf. engelsk udgave af dommen] for det afledte produkt, dvs. det granulerede calciummetal, berettiger sagsøgerens manglende fortsatte konkurrencedygtighed på markedet for det afledte produkt – som formentlig skyldes, at sagsøgeren har højere forarbejdningsomkostninger – ikke til at betegne PEM's prispolitik som misbrug.[...]

Domstolen har endnu ikke taget stilling til, hvorvidt der findes en variant af pristryk, som er en hybrid af urimeligt høje priser og predatory pricing. For at der kan foreligge et pristryk skal det jf. dommen påvises, enten at prisen på engrosproduktet er urimeligt høj eller at detailproduktet sælges til predatory priser, som forstået i AKZO-dommen. Samtidig godkender Domstolen, at Kommissionen benyttede AKZO-sagen ved vurderingen af, hvorvidt der forelå pristryk. Dette til trods for, at det var en prisstigning på engrosmarkedet, der nedbragte marginen på detailmar-

kedet og ikke, som normalt i predatory pricing sager, et prisfald på detailmarkedet. I poudre sphérique sagen fandt Domstolen, at der var tilstrækkelig forskel mellem engros- og detailpris til, at en effektiv konkurrent kunne operere profitabelt. Sagen er derfor ikke velegnet til mere præcist at fastlægge grænsen mellem lovlig og ulovlig adfærd.

Sagen mod Wanadoo,²² som France Télécom har en kontrollerende aktiepost i, har ingredienserne til at kunne behandles som en pristryksag med France Télécom i hovedrollen. Denne sag blev af Kommissionen behandlet som en predatory pricing sag mod Wanadoo. Kommissions metodevalg kan dog være begrundet af, at det i det konkrete tilfælde var muligt og tilstrækkeligt at fastslå predatory pricing.

På europæisk niveau har der således endnu ikke været en sag, hvor den vertikalt integrerede virksomhed har opereret med priser, som dækker de gennemsnitlige variable omkostninger på detailmarkedet, men ikke de gennemsnitlige totale omkostninger uden at der samtidig har været bevist predatory hensigter. Dermed har der ikke været en endelig stillingtagen til, hvorvidt en vertikalt integreret virksomhed skal leve op til anderledes og strengere krav til profitabiliteten på detailmarkedet ved vurdering af pristryk end ved vurdering af predatory pricing.

Både predatory pricing og pristryk indebærer, at der er utilstrækkelig margin på et marked til, at den gældende konkurrence kan opretholdes. En konsistent behandling af prisadfærd vil derfor indebære, at pristryk og predatory pricing vurderes under de samme krav til bevisførelse.

I praksis vil der dog sandsynligvis være forskel på, hvorledes predatory pricing og pristryk vurderes, fordi den undersøgte virksomhed i langt de fleste tilfælde vil være vertikalt integreret, og derfor har andre incitament

ved prisfastsættelsen, jf. tidligere argumentation, ved implementeringen af den undersøgte prispolitik. Derfor vil virksomheden ikke med samme vægt kunne henvise til, at virksomhedens prisfastsættelse på detailmarkedet også ville være rationel for en ikke vertikalt integreret virksomhed. Denne svækkelse af virksomhedens troværdighed kan indebære, at konkurrencemyndighederne lettere kan sandsynliggøre, at virksomhedens prispolitik er et led i en plan om at eliminere konkurrenterne i sager om pristryk end i sager om predatory pricing, i de tilfælde hvor detailprisen dækker detaildivisionens variable omkostninger men ikke de gennemsnitlige totale omkostninger.

Uanset hvor grænsen går for lovlig adfærd, er udgangspunktet for vurderingen en rimeligt effektiv udbyder. Her tages oftest udgangspunkt i, hvorvidt den vertikalt integrerede virksomhed selv opererer profitabelt på detailmarkedet, selv om det ikke kan udelukkes, at virksomheden ikke lever op til kravet om rimelig effektivitet.

I sager vedrørende i særdeleshed telekommunikation er selskaberne gerne fuldkomment vertikalt integrerede, således at der ikke findes egentlige engros- og detailvirksomheder. Dette er fx tilfældet i Kommissionens behandling af Deutsche Telekom-sagen, Oftel's behandling af British Telecoms salg af internet-produkterne BT Surf og BT Surf Together samt Konkurrencestyrelsens analyse af mulig predatory pricing ved TDC's salg af ADSL.²³ I Kommissionens retningslinier fremgår det, at Kommissionen kan stille krav om, at den vertikalt integrerede virksomhed opstiller reviderede separate regnskaber for de undersøgte forretningsområder. I Kommissionens anbefalinger for opdeling af regnskaber på teleområdet²⁴ fremgår det, at:

Accounting separation should be based on the principle of causation: that is, costs²⁵ and revenues should be allocated

to those services or products that cause those costs or revenues to arise.

Dette svarer til bortfaldsomkostningerne (incremental costs), som blev benyttet ved vurderingen af krydssubsidiering/predatory pricing i Deutsche Post sagen. Hermed er der ikke et krav om, at den vertikalt integrerede virksomheds detailforretning skal kunne fungere profitabelt som separat enhed sammenlignelig med en service provider, der kun agerer på det berørte detailmarked.

Selv om en vurdering af praktiske hensyn oftest vil tage udgangspunkt i en virksomheds egne omkostninger, kan dette ikke tages for givet på forhånd. Da der samtidig heller ikke er praksis for, at kortsigtet fravær af positiv indtjening selv for en effektiv udbyder kan regnes for pristryk, er der intet som kan retfærdiggøre en fortolkning af Kommissionens meddelelse som et absolut krav om profitabilitet på kort sigt for den vertikalt integrerede virksomheds udbud på detailmarkedet. Hermed er det usikkert hvad »de rette omstændigheder« omtalt i Kommissionens retningsliniers afsnit 118 indebærer. Som udgangspunkt kan det derfor kun konkluderes, at den vertikalt integrerede virksomhed ikke kan tillades at forfølge en prispolitik, som en ikke integreret men tilsvarende effektiv indtræder ikke rationelt ville kunne realisere.

Fordi den vertikalt integrerede virksomhed kontrollerer såvel engros- og detailpris, kan et indgreb rette sig imod såvel den ene som den anden eller blot forskellen imellem de to. Men Rådets generelle tilbageholdenhed overfor regulering af priser²⁶ indikerer, at et indgreb sandsynligvis vil rette sig imod marginen mellem engros- og detailpris og ikke de absolutte niveauer for priserne.

Misbrug i form af pristryk vil således foreligge i de tilfælde, hvor en virksomheds pris-sætning kun kan retfærdiggøres i kraft virksomhedens vertikale integration. Dette beror

på en konkret vurdering fra sag til sag. Bru- gen på europæisk niveau af principperne fra AKZO-dommen ved vurderingen af pristryk indikerer, at dette er metoden, der skal ligge til grund ved vurdering af pristryk. Dog kan det ikke udelukkes, at særlig praksis for pris- tryk, med strammere krav til profitabilitet, vil udvikle sig med tiden.

8. Tilstrækkelig varighed

En adfærd skal nødvendigvis foregå over en tilstrækkelig periode for, at det kan have en sådan virkning på markedet at det udgør et misbrug. Den nødvendige varighed, for at der foreligger misbrug, afhænger af den enkelte situation. Er der fx tale om et voksende, stabilt eller stagnerende marked? Er der tale om et slagtilbud med henblik på at tiltrække opmærksomhed omkring produktet eller en langsigtet prispolitik. Praksis byder ikke på overordnede retningslinier eller principper, til generelt at fastslå den relevante tidshori- sont. Der vil således skulle foretages en kon- kret vurdering fra sag til sag.

9. Ikke tilstrækkelig konkurrence på detailmarkedet

Crocioni og Veljanovski argumenterer for, at fravær af fuldkommen konkurrence på de- tailmarkedet er en nødvendig betingelse for pristryk. Ellers findes der ikke overnormale profitter på detailmarkedet, som igen er for- udsætningen for, at det kan betale sig for en- grosvirksomheden at gå ind på markedet.

Såfremt dette synspunkt tages til følge, ude- lukkes muligheden for, at en engrosvirksom- hed udøver pristryk med henblik på netop at eliminere konkurrencen på detailmarkedet, således at muligheden for overnormale pro- fitter opstår.

Her er der tale om fravær af incitament til at udføre pristryk, snarere end at pristryk ikke er gennemførligt. Jo mere frihed en virksomhed har til at fastsætte priserne på engrosproduk- terne, jo mindre incitament vil engrosvirksom-

heden have til selv at gå ind på detailmarkedet, såfremt dette er underlagt fuldkommen konkurrence. Jf. gængs økonomisk teori sættes salgsprisen lig marginalomkostningen under fuldkommen konkurrence. En monopolist på engrosmarkedet, vil kunne påvirke detailsælgernes marginalomkostning i forholdet 1:1, fordi en prisstigning på engrosproduktet på 1 kr. vil medføre en stigning i detailvirksomhedernes marginalomkostninger med 1 kr. Hermed kan engrosvirksomheden implicit kontrollere prisen på et detailmarked med fuldkommen konkurrence og dermed tilegne sig al profitten herfra. Det vil således ikke være profitabelt for engrosvirksomheden at gå ind på detailmarkedet, med mindre virksomheden er mere effektiv end de eksisterende detailvirksomheder. I ingen af tilfældene vil pristryk være optimalt eller nødvendigt.

Som udgangspunkt må det derfor antages, at pristryk vil finde sted i tilfælde med højt koncentreret engrosmarked og en vis grad af koncentration på detailmarkedet. Det er dog vigtigt at fastholde, at markedskoncentrationen på detailmarkedet kun skal benyttes som en indikation, da denne udelukkende er vigtig for den vertikalt integrerede virksomheds incitamenter og ikke evner til at udføre pristryk.

10. Konklusion

Pristryk og predatory pricing har meget til fælles men er ikke det samme. Begge typer misbrug har til formål at eliminere konkurrenter/konkurrencen på et marked, men hvor predatory pricing udføres af en dominerende virksomhed på det berørte marked, udføres pristryk af en virksomhed, der benytter markedsmagt på et andet marked som løftestang i konkurrencen på det berørte marked. Pristryk kræver således en dominerende stilling på et up-stream marked, der er relevant i forhold til det down-stream marked, som misbruget har konsekvens for.

Hidtidig praksis indikerer, at pristryk i nogen grad ligner predatory pricing, og at der derfor bør stilles de samme krav til bevisførelse

som gælder ved predatory pricing. Praksis er dog begrænset, og det kan ikke afvises, at vurderingen af situationer hvor detailprisen ligger i intervallet mellem de gennemsnitlige variable omkostninger og de gennemsnitlige totale omkostninger på detailmarkedet kan afvige fra praksis for predatory pricing. Indtil der er fremkommet tilfælde, der kan retfærdiggøre, at testen for predatory pricing ikke er tilstrækkelig til at fastslå pristryk, må det antages, at sager om pristryk som udgangspunkt vil blive løst på samme måde som sager om predatory pricing, dog med følgende modifikationer:

- Kravet til dominans vedrører et andet marked (nemlig up-stream markedet) end markedet, som misbruget har direkte konsekvenser for (down-stream markedet).
- Den vertikalt integrerede virksomheds profitabilitet på udbuddet af det afledte produkt skal opgøres med udgangspunkt i engrosprisen betalt af konkurrenterne og ikke virksomhedens egen produktionsomkostning.
- Et indgreb vil udelukkende sigte på at sikre tilstrækkelig margin på detailmarkedet og vil ikke nødvendigvis indebære en højere detailpris.

Noter

1. Domstolens dom (femte afdeling) af 3. juli 1991. AKZO Chemie BV mod Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber. Sag c-62/86.
2. COMP/35.141 B Deutsche Post
3. COMP/38.233 B Wanadoo
4. Sag nr. IV/30.178 Napier Brown B British Sugar. EF-Tidende NR. L 284 Af 19/10/1988 S. 0041-0059.
5. COMP B 1/37.451 B price squeeze local loop Germany
6. Sag IV 35.151 B IPS /Péchiney
7. Sag T-5/97. Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber
8. Asymmetric Digital Subscriber Line er højhastigheds internetforbindelser, der forhandles i Dan-

- mark med down-load/up-load hastigheder fra 256/128 kbit/s og opefter.
9. Incitamenterne til sådan adfærd og dens forventede konsekvenser er behandlet akademisk af Nicholas Economides: The incentive for non-price discrimination by an input monopolist. *International Journal of Industrial Organization* 16 (1998) 271-284.
 10. Pietro Crocioni & Cento Veljanovski fra Case Associates : Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law. Principles and Guidelines.
 11. Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren. (98/C 265/02)
 12. Domstolens dom af 6 marts 1974. Istituto Chimioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber. Forenede sager 6 og 7-73.
 13. Der henvises til Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) og Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, hvori der i præmis 132 påpeges at »såfremt en virksomhed har en meget stor markedsandel, giver det den i en vis periode en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse for virksomhedens forretningsforbindelser.« Hvor dette klart giver virksomheden dominans fremgår det ikke af dommen, at en så stor markedsandel var en nødvendig forudsætning for at der kunne foreligge et misbrug.
 14. Et eksempel herpå er detailsalg af ADSL og kabelmodem, hvor ADSL baserer sig på af TDC udbudte engrosprodukter, som ikke indgår i udbuddet af kabelmodem. Ikke desto mindre er TDC blevet anklaget for at benytte predatory pricing/pristryk.
 15. Se evt. Andrea Lofaro og Derek Ridyard 'Switching Costs and Merger Assessment – Don't Move the Goalposts', E.C.L.R., Issue C 8 Sweet & Maxwell Limited [and contributors]
 16. TDC, SONOFON, Telia og Orange
 17. Capital Asset Pricing Model. Se fx T. Copeland og J. Weston. *Financial Theory and Corporate Policy*, 3rd ed. (Reading, MA: Addison-Wesley, 1992)
 18. Der kan være store forskelle på, om vurderingen af profitabiliteten foretages ex. ante eller En ex. ante vurdering vil indebære et forrentning af fx irreversible investeringer, som ikke vil være tilfældet ex. post. Ved en vurdering skal der derfor tages højde for hvilke informationer virksomheden besad, da investeringsbeslutningen blev taget og hvorledes dette forholder sig til prisfastsættelsen. Det kan således godt være rationelt at drive en forretning som ikke dækker investeringsomkostningerne, fordi forrentningen er bedre end hvad virksomheden ville kunne opnå ved at sælge aktiverne (og realisere et tab) og investere provenuet i andre aktiviteter.
 19. Dom afsagt af EF-Domstolen den 13 februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann – La Roche & co AG mod Kommissionen præmis 91.
 20. I Oftel's behandling af mulig pristryk ved British Telecoms salg af internetprodukterne BT Surf og BT Surf Together²¹ blev det lagt til grund, at virksomhedens langsigtede bortfaldsomkostninger (LRIC: Long Run Incremental Costs) skulle dækkes. LRIC omfatter kapitalomkostninger, og tager således højde for rimelig fortjeneste. Oftel's brug af LRIC indebærer, at der anlægges et langsigtet perspektiv ved vurderingen af profitabilitet. Hermed findes der også rum for kortsigtede underskud. Oftel's undersøgelse klarlagde, at LRIC blev dækket, og denne sag kan således ikke benyttes til at fastslå hvor grænsen går for pristryk.
 21. Dette fremgår af Domstolens afgørelse præmis 176
 22. Se pressemeddelelse på <http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?>
 23. Undersøgelse af TDC for misbrug af dominerende stilling ved salg af ADSL. Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003
 24. Commission Recommendation of 8 April 1998 on interconnection in a liberalized telecommunications market; Part 2 B accounting separation and cost accounting. Brussels 8.04.1998 C(1998) 960.
 25. Including operating and capital costs.
 26. Illustreret fx ved Consortes klage over TDC behandlet på rådsmødet den 29. maj 2002, hvor Rådet pålagde TDC at sikre lige vilkår uden at specificere på hvilket prisniveau, de lige vilkår skulle findes.